

Le risque de préjudice grave difficilement réparable en matière de nomination ou de promotion dans la fonction publique

Luc DONNAY

Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

1. Dans le cadre du référé administratif, l'accueil d'une demande de suspension d'un acte administratif est subordonné au respect de deux conditions spécifiques. Le paragraphe 2 de l'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, (ci-après : L.C.C.E.) prévoit, en effet, que celui-ci peut suspendre l'exécution d'un acte uniquement s'il existe des moyens sérieux susceptibles de justifier son annulation et si son exécution immédiate risque de causer un préjudice grave difficilement réparable¹.

S'agissant de nominations ou de promotions d'agents de la fonction publique, le candidat malheureux rencontrera probablement maintes difficultés à apporter la preuve que l'exécution de la décision qui promeut son concurrent lui occasionne un préjudice grave difficilement réparable.

Par deux arrêts prononcés en assemblée générale le 19 juillet 2004², le Conseil d'Etat semble effectivement avoir réduit les chances d'obtenir la suspension d'une promotion contestée en refusant de qualifier de grave et difficilement réparable le préjudice lié à l'expérience que le bénéficiaire de la promotion attaquée a des chances d'acquérir jusqu'à ce que le Conseil d'Etat statue sur le recours en annulation.

Après avoir relaté le cadre factuel à la base de ces deux affaires (I), nous examinerons dans quelles circonstances le préjudice découlant de l'expérience acquise par l'agent dont la promotion est querellée pourrait encore être jugé grave et difficilement réparable (II). Ensuite, dépassant le cadre des deux arrêts annotés, nous ferons le point sur la jurisprudence relative aux autres types de préjudices invoqués par les candidats évincés à l'appui de leur demande de suspension : le préjudice financier (III), le dommage moral (IV) et la perte de toute chance d'être promu ultérieurement (V).

¹ Sur le risque de préjudice grave et difficilement réparable, voy. not. Ph. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, n° 349 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e édition, précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 778 à 799 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e édition, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 327, et W. WEYMEERSCH, « Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel », in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ et G. LAENEN (éds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State, 15 jaar procedurele vernieuwing*, Bruges, Die Keure, 2004, p. 157 à 179. Pour une étude portant spécifiquement sur le référé administratif en matière de nomination et de promotion, voy. A. COOLSAET, « Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen », in I. OPDEBEEK (éd.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Die Keure, 1997, p. 63 à 101.

² C.E. (ass.), 19 juillet 2004, *Verheyden*, n° 134.022 et C.E. (ass.), 19 juillet 2004, *Bauwens, Peeters et Ingels*, n° 134.023.

I. – Les faits à la base des deux arrêts du 19 juillet 2004

2. Le contexte factuel des affaires en cause est rigoureusement identique. Il s'agit dans les deux cas de promotions d'agents appartenant au service du Compte rendu intégral (ci-après : C.R.I.). L'unique différence porte sur le cadre linguistique concerné : l'arrêt *Verheyden* statue sur la promotion d'agents francophones, tandis que des promotions d'agents néerlandophones sont en jeu dans l'arrêt *Bauwens, Peeters et Ingels*.

En bref, le Bureau de la Chambre des représentants déclara la vacance, au sein du service du C.R.I., de six emplois de « premier assistant de direction non permanent », deux postes étant attribués à des agents francophones, les quatre autres étant dévolus à des agents néerlandophones.

L'article 17 du statut du personnel prévoit notamment que « les décisions relatives à la nomination à une fonction dirigeante ou de coordination assortie d'un grade hors carrière plane sont prises par le Bureau, sur proposition du Collège des questeurs, et ce sur la base d'un avis motivé relatif aux candidats, formulé par les supérieurs hiérarchiques concernés et le greffier ».

Conformément à cet article 17, le directeur du C.R.I. émit un avis sur l'ensemble des postulants et proposa la présentation d'un candidat pour chaque poste à pourvoir. Le greffier et le Collège des questeurs s'étant rallié à cet avis³, le Bureau de la Chambre décida, par conséquent, de nommer les six candidats présentés. Plusieurs candidats néerlandophones et francophones introduisirent un recours en suspension et en annulation contre les promotions accordées aux agents de leurs cadres linguistiques respectifs.

3. Dans un arrêt prononcé le 6 janvier 2003⁴, la IX^e chambre (néerlandophone) du Conseil d'Etat rejeta la requête en suspension de l'exécution des promotions du cadre néerlandophone. Le haut juge administratif estima, en effet, que le préjudice grave allégué par les candidats évincés n'était pas établi, les bénéficiaires des promotions contestées ne pouvant, en cas d'annulation ultérieure de ladite promotion, se prévaloir de l'expérience acquise à ces postes⁵.

Par contre, dans un arrêt du 4 février 2003, la VIII^e chambre (francophone) du Conseil d'Etat décida d'accueillir la demande de suspension introduite contre l'exécution des promotions du cadre francophone. Après avoir rappelé qu'en principe, l'autorité amenée à recommencer une procédure de nomination suite à un arrêt d'annulation ne peut pas tenir compte de l'expérience acquise dans l'exercice des fonctions inhérentes à la nomination annulée, le haut juge estima néanmoins que « même lorsqu'il n'est pas explicitement fait état des fonctions exercées dans le cadre de la nomination annulée, il paraît difficile que ceux qui sont à nouveau amenés à apprécier les titres et mérites des mêmes candidats fassent totalement abstraction de l'expérience des uns et de l'absence d'expérience des autres dans la

³ De nombreux incidents, dans les détails desquels nous n'entrerons pas, viennent émailler ces procédures de promotion. Il suffit sur ce point de se reporter à l'exposé des faits des deux arrêts.

⁴ C.E., 6 janvier 2003, *Vrancken, Bauwens, Peeters et Ingels*, n° 114.270.

⁵ « Dat voorts met betrekking tot de door de verzoekende partijen ingeroepen nadeel dat steunt op het feit dat de benoemde ervaring kan opdoen als revisor en zij niet, wat hen in een nadelige positie brengt voor hun verdere loopbaan, geen rekening mag gehouden worden met de ervaring die op grond van een vernietigde beslissing verworven is; dat dit door de verzoekende partijen ingeroepen nadeel derhalve niet moeilijk te herstellen is indiende bestreden beslissing vernietigd wordt [...] ».

fonction considérée ; que cette éventualité, qui n'est pas purement hypothétique, ou irrationnelle, constitue un risque de préjudice grave qui, par nature, présente un caractère difficilement réparable »⁶.

4. Le 12 mars 2003, le Bureau de la Chambre des représentants décida de rapporter l'ensemble des décisions portant promotion des agents francophones et néerlandophones afin de réexaminer les propositions du Collège des questeurs en respectant les règles statutaires entre-temps modifiées et la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs⁷.

Le 2 avril 2003, le même Bureau décida de promouvoir au grade de « premier assistant de direction non permanent » six agents, à savoir les six fonctionnaires qui avaient été promus antérieurement mais dont la promotion avait ensuite été rapportée.

A nouveau, madame Verheyden introduisit une requête en suspension à l'encontre des deux promotions du cadre francophone, tandis que les consorts Bauwens, Peeters et Ingels agirent de la même manière au sujet des décisions ayant promu les quatre agents néerlandophones.

L'assemblée générale du Conseil d'Etat décida qu'il n'était pas nécessaire d'opérer la jonction de ces deux affaires, étant donné qu'elle allait les traiter simultanément.

II. – Le préjudice lié à l'expérience acquise par le bénéficiaire d'une nomination irrégulière

Afin de saisir la portée de ces deux arrêts, il est utile de rappeler brièvement la manière dont la jurisprudence réglait la question auparavant.

2.1. La jurisprudence antérieure : une grande variété de solutions

Les solutions dégagées par les arrêts antérieurs étaient multiples⁸.

5. Une première tendance rencontrée reconnaît que la promotion d'un concurrent occasionne au candidat évincé un préjudice grave et difficilement réparable, en raison de l'expérience que ce dernier va acquérir dans l'exercice de ses nouvelles fonctions. Dans ces arrêts déjà anciens⁹, le Conseil d'Etat estimait que l'agent promu irrégulièrement pouvait faire valoir

⁶ C.E., 4 février 2003, *Verheyden*, n° 115.425.

⁷ La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs doit être interprétée comme incluant dans son champ d'application les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes relatifs aux membres de leur personnel. Raisonner autrement constituerait une violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Telle est la leçon de l'arrêt n° 17/2004 que la Cour d'arbitrage a prononcé le 29 janvier 2004 en réponse à la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'affaire *Verheyden*.

⁸ Voy. en complément les nombreuses références citées par A. COOLSAET, *op. cit.*, p. 87 à 92.

⁹ A titre d'illustrations, voy. C.E., 22 janvier 1990, *Desmet*, n° 33.858, *J.L.M.B.*, 1990, p. 195, obs. B. HAUBERT ; C.E., 23 janvier 1992, *Spruyt*, n° 38.567 ; C.E., 20 mars 1992, *D'Heer*, n° 39.035 ; C.E., 20 mars 1992, *Valckenaers*, n° 39.038 ; C.E., 14 septembre 1992, *Vanderstraeten*, n° 40.299 et C.E., 2 juillet 1993, *Borgions*, n° 43.605.

une telle expérience au cours d'une procédure de promotion ultérieure. En d'autres termes, le caractère grave et difficilement réparable était établi du seul fait que l'expérience acquise par l'agent irrégulièrement promu pourrait servir de fondement à une nouvelle nomination.

6. Au contraire, la seconde tendance observée part du postulat selon lequel l'expérience acquise grâce à une nomination irrégulière ne peut, en aucun cas, être prise en considération en vue d'une nomination ultérieure¹⁰. A l'appui de ce principe est invoquée l'autorité de chose jugée que revêt l'arrêt qui annule la désignation illégale¹¹. L'agent irrégulièrement promu ne pouvant faire valoir cette expérience, le Conseil d'Etat estime, par conséquent, que l'agent évincé ne court plus le risque de subir un préjudice grave et difficilement réparable¹².

7. La troisième tendance adhère également au principe suivant lequel l'expérience acquise irrégulièrement ne peut être valorisée. Toutefois, elle s'inspire davantage de considérations pragmatiques. En effet, conscient de ce qu'il est parfois fort difficile de faire totalement abstraction de certaines réalités¹³, le haut juge conclut à l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable dans le chef du candidat évincé lorsque l'autorité risque de tenir compte, à tout le moins de manière implicite, de l'expérience utile acquise par l'agent irrégulièrement promu. En pareille hypothèse, le Conseil d'Etat rappelle que c'est par l'effet d'une fiction¹⁴ que l'agent dont la nomination est annulée est censé n'avoir pas exercé ses fonctions. Par conséquent, il estime que le préjudice grave et difficilement réparable est établi lorsque les circonstances de la cause laissent à penser que l'autorité amenée à apprécier les titres et les mérites des candidats risque de ne pas faire totalement abstraction, si pas en droit, du moins en fait, de l'expérience acquise dans sa nouvelle fonction par celui dont la nomination a été annulée¹⁵.

8. Outre les trois principaux courants recensés, l'examen de la jurisprudence fait apparaître bon nombre de variations supplémentaires, qui ont égard au type d'expérience acquise.

Ainsi, le juge administratif conclut à l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable lorsque l'expérience qu'acquerra l'agent illégalement promu dans l'exercice de ses nouvelles fonctions présente un certain degré de spécificité¹⁶. En effet, plus l'expérience acquise irrégulièrement est spécifique, plus le préjudice causé au candidat non retenu risque

¹⁰ C.E., 17 mai 1993, *Hanzen*, n° 42.997 ; C.E., 18 décembre 1993, *Bertholet*, n° 63.648 ; C.E., 2 juillet 1996, *Godisiabois*, n° 67.282 et C.E., 16 février 2000, *Deprez*, n° 85.337.

¹¹ C.E., 16 mai 1994, *Van Gheluwe*, n° 47.471.

¹² Voy., par exemple, C.E., 28 septembre 1993, *Brasseur*, n° 44.259 ; C.E., 21 septembre 1994, *Gobert*, n° 49.141 ; C.E., 19 octobre 1994, *De Tangh-Dupont*, n° 49.727 ; C.E., 27 février 1998, *Lelièvre*, n° 72.114 ; C.E., 19 mai 1998, *Roggen*, n° 73.754 ; C.E., 16 juillet 1998, *Robert*, n° 75.273 ; C.E., 10 septembre 1999, *Deloge*, n° 82.214 ; C.E., 18 janvier 2000, *Adriaensen*, n° 84.740 ; C.E., 3 octobre 2000, *Detry*, n° 90.005 ; C.E., 21 mai 2001, *De Smet*, n° 95.665 ; C.E., 26 juin 2001, *Van Ginderachter*, n° 96.967 et C.E., 13 juillet 2001, *Van De Sompel*, n° 97.843.

¹³ Notamment en fonction du poids du temps et des événements antérieurs à la procédure en cause (voy. C.E., 31 août 2000, *Jassogne*, n° 89.432 et C.E., 13 juillet 2001, *Jassogne*, n° 97.847).

¹⁴ Voy. not. C.E., 15 mars 2000, *Blanpain*, n° 85.997 ; C.E., 20 novembre 2000, *Grégoire*, n° 90.896 et C.E., 16 mars 2001, *Brabant*, n° 94.077.

¹⁵ Cette idée est à la base de nombreux arrêts, parmi lesquels C.E., 27 mars 1990, *Macken*, n° 34.532, *T.B.P.*, 1990, p. 681 et suiv., note D. MAREEN, « Van discretionaire naar gebonden bevoegdheid-schorsing van de tenuitvoerlegging » ; C.E., 30 mars 1992, *Frederickx*, n° 39.103 ; C.E., 19 novembre 1992, *De Troetsel*, n° 41.079 ; C.E., 20 décembre 1993, *De Smet*, n° 45.362 ; C.E., 5 juillet 2002, *Lambert*, n° 108.931 et C.E., 22 octobre 2002, *Delsaut*, n° 111.741.

¹⁶ C.E., 29 octobre 1992, *De Roy*, n° 40.882 ; C.E., 19 novembre 1992, *De Troetsel*, n° 41.079 ; C.E., 20 décembre 1993, *De Smet*, n° 45.362 ; C.E., 30 janvier 1995, *Coenen*, n° 51.409 et C.E., 25 septembre 1996, *Peeters*, n° 61.951.

d'être difficilement réparable dans l'optique d'une candidature à une promotion ultérieure. En application de ce principe, il est arrivé au Conseil d'Etat de juger *a contrario* que le préjudice n'était pas suffisant lorsque l'expérience résultant de l'exercice des fonctions litigieuses ne revêtait aucun caractère spécifique¹⁷.

9. De manière générale, le haut juge refuse de suspendre la désignation litigieuse lorsque l'exercice des fonctions du requérant lui permet également de faire valoir une expérience équivalente à celle que l'agent irrégulièrement promu acquerra dans l'exercice de ses fonctions¹⁸. Le juge administratif refuse également de suspendre l'acte querellé lorsqu'il estime que l'expérience acquise durant la période illégale ne modifiera pas de façon substantielle les termes de la comparaison qui sera établie entre le requérant et l'agent promu¹⁹.

Au terme de ce bref examen, il n'est pas excessif d'affirmer que la jurisprudence administrative concernant la problématique de l'expérience acquise durant la période illégale était pour le moins circonstancielle.

2.2. Une nomination annulée doit être réputée n'avoir jamais été accordée

10. Dans les deux arrêts commentés²⁰, l'assemblée générale rappelle tout d'abord les principes qui gouvernent la matière : l'annulation d'une nomination implique que celle-ci « doit être réputée n'avoir jamais été accordée, de sorte que la personne désignée doit être censée n'avoir jamais occupé l'emploi en cause et ne pas y avoir acquis d'expérience ». Par conséquent, « sous peine de méconnaître l'autorité de la force jugée qui s'attache à ce dernier, elle ne peut toutefois pas tenir compte, en droit, dans l'appréciation des titres et mérites des candidats, de l'expérience acquise par ceux-ci dans l'exercice des fonctions inhérentes à la nomination annulée ».

Ces prémices du raisonnement ne surprennent guère ; ils correspondent aux enseignements dégagés par la jurisprudence majoritaire et leur formulation est en grande partie empruntée à des arrêts antérieurs²¹.

11. S'il est certain que l'administration ne peut tenir compte de l'expérience acquise par l'agent irrégulièrement promu durant l'exercice de la fonction en cause, il faut observer que les deux arrêts du 19 juillet 2004 ne semblent pas indiquer le sort à réserver à l'expérience que les candidats évincés ont acquis durant cette même période²².

¹⁷ C.E., 15 décembre 1992, *Dierens*, n° 41.378 et C.E., 7 décembre 1993, *Gosselinckx*, n° 45.163.

¹⁸ Voy. not. C.E., 13 novembre 1990, *Van Cleuvenbergen*, n° 35.832 ; C.E., 25 mars 1993, *Steppe*, n° 42.441 ; C.E., 7 avril 2000, *Lannoy*, n° 86.735 ; C.E., 26 juin 2001, *Van Ginderachter*, n° 96.967 ; C.E., 13 juillet 2001, *Van De Sompel*, n° 97.843 ; C.E., 21 septembre 2001, *Leroy*, n° 99.019 et C.E., 23 décembre 2004, *Kegels*, n° 138.840.

¹⁹ Voy., par exemple, C.E., 28 juillet 1992, *Pas*, n° 40.055 ; C.E., 21 mai 2001, *De Smet*, n° 95.665 ; C.E., 2 octobre 2001, *Collet*, n° 99.380 ; C.E., 12 décembre 2002, *Finet*, n° 113.628 et C.E., 29 avril 2003, *Henry*, n° 118.860. Pour un cas de nomination fictive, voy. C.E., 2 mars 1993, *Luppens*, n° 42.106.

²⁰ S'agissant de l'expérience acquise durant la période illégale, le contenu des deux arrêts prononcés le 19 juillet 2004 est rigoureusement identique.

²¹ *Supra* n° 5 à 9.

²² Par contre, dans un arrêt *Jassogne* du 13 juillet 2001 (n° 97.847), le Conseil d'Etat avait estimé que l'autorité amenée à reprendre la procédure de promotion devait tenir compte de l'évolution de la carrière des candidats : « considérant que, s'il doit être fait abstraction de l'expérience acquise par [l'agent promu irrégulièrement durant l'exercice de la fonction en cause], c'est en raison de l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation; que l'on ne peut en

2.3. La présomption établie par le Conseil d'Etat

12. En réalité, ce n'était pas tant l'affirmation de principe, selon laquelle l'administration ne peut tenir compte *en droit* de l'expérience acquise irrégulièrement, qui nécessitait un arrêt prononcé en assemblée générale. Seuls les tempéraments apportés à cette règle étaient à ajuster afin que la Haute juridiction administrative réserve le même sort aux candidats évincés d'un poste pour lequel le bénéficiaire de la promotion illégale allait acquérir *de facto* de l'expérience.

Pour régler cette difficulté, le Conseil d'Etat établit une présomption en vertu de laquelle « lorsqu'elle prendra sa nouvelle décision, l'administration respectera l'autorité de la chose jugée en faisant abstraction, dans la comparaison des titres et mérites, de l'expérience acquise de manière irrégulière ». Il en déduit, dès lors, que « la circonstance que la personne dont la désignation est entachée d'irrégularité a acquis une telle expérience n'est en principe pas susceptible de causer un préjudice au sens de la loi, même si le candidat évincé a été privé d'une expérience comparable au cours de la procédure d'annulation ».

2.4. Comment renverser la présomption ?

13. L'intérêt majeur de ces deux arrêts est de révéler la manière dont il faudra procéder à l'avenir pour renverser la présomption et établir ainsi le préjudice grave et difficilement réparable.

A cet égard, le Conseil d'Etat énonce ce qui suit : « considérant qu'il n'en reste pas moins que c'est par l'effet d'une fiction que l'agent dont la nomination est annulée est censé n'avoir pas exercé ses fonctions et que cette fiction juridique ne permet pas d'exclure que dans certaines circonstances, une administration n'ait en réalité, lorsqu'elle procède à la comparaison des titres et mérites, pas d'autre parti que de prendre en considération l'expérience acquise par le bénéficiaire de la nomination entachée d'irrégularité, par exemple en raison de la spécificité et de la singularité de la fonction et de l'expérience qui y est acquise, le cas échéant en corrélation avec la nature de la procédure de sélection qui a été suivie ; qu'il appartient toutefois au requérant de démontrer concrètement que l'administration, qui sera amenée à apprécier une nouvelle fois les titres et mérites des mêmes candidats, se trouverait dans l'impossibilité de faire totalement abstraction de l'expérience acquise de manière irrégulière par les uns dans la fonction en cause et de l'absence supposée d'expérience de autres ».

14. La lecture de ce considérant nous amène à penser que l'assemblée générale a entendu renforcer substantiellement ses exigences pour accueillir une demande de suspension. Si la présomption se veut réfragable, les termes absolus par lesquels le Conseil d'Etat expose comment la renverser auront probablement pour effet de rendre très ardu l'établissement du

déduire un motif de discrimination entre [la candidate évincée et l'agent irrégulièrement promu] qui aurait pour conséquence que les titres et mérites [de la candidate évincée] après la date de la promotion devraient être écartés; que celle-ci n'a pas à être pénalisée du fait des errements de la procédure de promotion, tout comme les qualités intrinsèques [de l'agent irrégulièrement promu] n'ont pas à être gommées si elles peuvent être dissociées de la fonction illégalement exercée ». Lorsque le requérant ne poursuit pas l'annulation de l'ensemble du concours litigieux ou de la promotion accordée à un agent déterminé mais bien du refus de retenir sa candidature au concours, l'expérience acquise par les lauréats nommés est légale et, partant, ne constitue pas un préjudice grave et difficilement réparable (C.E., 26 novembre 2003, *Maquestiaux*, n° 125.685).

préjudice requis. Reconnaissons, en effet, qu'apporter la preuve que l'administration se trouve dans *l'impossibilité* de faire abstraction de l'expérience acquise de manière irrégulière n'a rien d'une sinécure.

De plus, le Conseil d'Etat donne relativement peu d'éléments permettant de se représenter les cas dans lesquels l'autorité appelée à comparer les candidats n'aurait *pas d'autre parti* que de prendre en considération l'expérience irrégulière. A cet égard, les deux seules indications fournies par l'assemblée générale sont *la spécificité et la singularité de la fonction* en cause ainsi que *la nature de la procédure de sélection qui a été suivie*.

15. Enfin, dans l'hypothèse où le candidat évincé apporte la preuve que l'administration se trouve dans l'impossibilité de faire totalement abstraction de l'expérience irrégulière, encore devra-t-il de surcroît démontrer que l'exercice de ses propres fonctions ne lui permet pas d'acquérir une expérience équivalente. Cette exigence supplémentaire, qui est sans doute formulée de façon incomplète dans les deux arrêts, n'appelle pas de longs commentaires, étant donné que la jurisprudence antérieure l'avait énoncée à plusieurs reprises²³.

2.5. En l'espèce

16. Après avoir dégagé les principes à appliquer, le Conseil d'Etat examine la situation qui se présente à lui, non sans ajouter prudemment qu'il tiendra compte des *circonstances spécifiques de la cause*.

Il identifie, dans le corps des décisions attaquées, les motifs qui justifient le choix opéré et observe que ceux-ci ne portent guère sur les qualités dirigeantes des candidats. D'autres critères, parmi lesquels les qualités relationnelles des candidats, ont davantage été retenus pour justifier le choix des agents promus.

A la lumière de ces considérations, le Conseil d'Etat « n'aperçoit pas en quoi l'expérience que pourraient acquérir les bénéficiaires de l'acte attaqué, compte tenu de la nature des fonctions exercées, serait susceptible de leur conférer un avantage substantiel quelconque pour la nomination en cas de nouvelle procédure de promotion consécutive à un éventuel arrêt d'annulation ».

Par conséquent, la Haute juridiction administrative rejette les recours en estimant que le préjudice grave et difficilement réparable n'est pas établi.

2.6. Analyse

2.6.1. Une nouvelle tendance élaborée à partir d'éléments anciens

17. La plupart des termes contenus dans ces deux arrêts se retrouvaient, en ordre dispersé, dans la jurisprudence antérieure. Par exemple, l'existence d'une fiction et l'examen de la spécificité de la fonction briguée sont des éléments qui apparaissaient déjà dans un grand nombre d'arrêts.

²³ *Supra* n° 9. Notons que l'assemblée générale indique expressément que la charge de la preuve de cette exigence supplémentaire repose également sur le requérant. Pour une application récente de cette condition, voy. C.E., 23 décembre 2004, *Kegels*, n° 138.840. Comp. avec C.E., 24 septembre 2004, *Thunus*, n° 135.395.

De même, le recours à une présomption²⁴ n'est pas fondamentalement neuf. En effet, l'une des trois tendances observées (*supra* n° 7) requérait déjà l'existence de circonstances particulières exposant l'autorité au risque de ne pas faire totalement abstraction de l'expérience irrégulière. Présumer que l'expérience litigieuse ne sera pas prise en considération ou exiger des circonstances particulières démontrant que l'administration risque d'en tenir compte ne nous paraissent pas constituer des mécanismes fort éloignés.

En définitive, l'originalité des deux arrêts ne réside pas tant dans le contenu des considérants que dans la façon dont l'assemblée générale les a agencés. De façon plus imagée, on pourrait écrire que la jurisprudence antérieure avait dessiné toutes les pièces du puzzle et que l'assemblée générale les a disposés.

18. Même si le Conseil d'Etat s'est prononcé d'une façon telle que la grande majorité des solutions dégagées antérieurement peuvent trouver appui, du moins en apparence, sur l'un des paragraphes des deux arrêts, ces derniers sont loin de ressembler à un *patchwork* permettant à l'avenir de justifier n'importe quelle solution disparate.

En effet, il paraît tellement peu commode de renverser la présomption²⁵ que l'expérience acquise durant la période illégale n'établira à suffisance la gravité du préjudice qu'à titre occasionnel, à moins que le haut juge n'interprète largement la notion de *fonction spécifique et singulière* ou que la nature de la procédure de sélection ne soit un élément d'une importance considérable²⁶.

2.6.2. Une fonction spécifique et singulière

19. Le premier élément présenté par le Conseil d'Etat comme étant susceptible d'ébranler la présomption porte sur la spécificité et la singularité du poste en jeu, et sur l'expérience qui en découle.

Par le passé, le Conseil d'Etat avait déjà reconnu l'existence d'emplois présentant ces caractéristiques²⁷. A titre d'exemple, il avait été jugé que la fonction de receveur communal permettait d'acquérir une expérience spécifique²⁸.

Sans qu'il soit permis de déduire automatiquement que la présomption est renversée dès qu'un tel poste est en jeu, l'exercice de ce type d'emploi pourrait constituer un exemple où l'expérience qui en résulte serait spécifique et singulière²⁹. Toutefois, la prudence incite à

²⁴ Pour information, quelques arrêts antérieurs avaient affirmé l'absence de présomption en sens inverse, en estimant « que le risque qu'il ne soit pas fait totalement abstraction de cette expérience ne [pouvait] être automatiquement présumé » (C.E., 21 septembre 2001, *Leroy*, n° 99.019 ; voy. ég. C.E., 26 juin 2001, *Goegebuer*, n° 96.966).

²⁵ A titre d'exemple, voy. C.E., 28 avril 2005, *Van Keirsblick*, n° 143.882. Par ailleurs, les chances de renverser la présomption paraissent encore plus ténues lorsque le candidat évincé allègue, à titre de préjudice, que l'expérience litigieuse sera mise à profit par l'agent irrégulièrement promu, non pas tant lors de la réfection de la procédure litigieuse, mais surtout à l'occasion d'une procédure de promotion ultérieure (voy., par exemple, C.E., 28 janvier 2005, *Bourgoignie*, n° 139.903).

²⁶ Ces deux éléments corrélatifs sont fournis à titre exemplatif. La jurisprudence ultérieure en fera peut-être apparaître d'autres.

²⁷ *Supra* n° 8.

²⁸ Comp. avec C.E., 15 mars 1995, *De Lille*, n° 52.234, qui concerne un poste de secrétaire communal.

²⁹ Pour autant, bien entendu, que le candidat évincé n'acquière pas lui-même une expérience équivalente (C.E., 23 décembre 2004, *Kegels*, n° 138.840).

ne pas se perdre davantage en conjectures car la lecture des deux arrêts annotés ne permet pas de prévoir avec quelle rigueur le Conseil d'Etat interprétera à l'avenir cette notion de *fonction spécifique et singulière*.

2.6.3. La nature de la procédure de sélection

20. Il se pourrait véritablement qu'en dépit de sa formulation quelque peu sibylline, *la nature de la procédure de sélection* s'avère être un point capital du raisonnement. Le but poursuivi par cette indication est sans nul doute d'éviter que l'agent illégalement promu tire profit de cette expérience irrégulière au moment où l'administration sera amenée à recommencer la procédure de promotion. Or, si l'on veut satisfaire pleinement à cet objectif, il faut certes avoir égard à la *nature de la procédure de sélection suivie*³⁰, mais cet examen doit être logiquement accompagné d'une analyse des *critères de sélection* qui sont d'application. Répondre à la question de savoir si l'agent irrégulièrement promu risque – ou non – de profiter de cette expérience ne revient-il pas inévitablement à examiner si cette dernière pourrait exercer une influence sur la manière dont l'agent satisfait aux critères de sélection ?

21. Cette analyse mettant l'accent sur l'examen des critères de sélection est corroborée par la façon dont le Conseil d'Etat se livre à l'examen *in concreto* des deux affaires. A y regarder de plus près, il ne s'attarde guère sur la spécificité de la fonction ou sur la nature de la procédure de sélection ; ce sont bel et bien les critères de sélection appliqués qui retiennent toute son attention.

En clair, lorsque les critères de sélection portent sur l'ancienneté, les qualités relationnelles, le diplôme, l'absence de sanction disciplinaire, l'investissement au travail, la motivation, la polyvalence, l'expérience dans une fonction antérieure ou le sens des responsabilités³¹, l'expérience illégale acquise au poste brigué ne constituera pas un avantage substantiel pour l'agent dont la promotion a été annulée.

Par contre, si l'autorité amenée à reprendre la procédure tient compte des qualités dirigeantes³² ou de compétences qui peuvent être plus facilement développées à l'occasion de l'exercice de la fonction en cause, le recours en suspension de l'agent évincé ne devrait plus être automatiquement voué à l'échec. Pourtant, même en pareille hypothèse, la jurisprudence ultérieure aux deux arrêts commentés semble indiquer que le Conseil d'Etat se montre très sévère³³.

2.6.4. Appréciation

22. En premier lieu, il importe de souligner la diversité des intérêts en présence. D'une part, il fallait répondre efficacement à la préoccupation légitime des candidats irrégulièrement évincés car l'écoulement du temps et le poids du fait illégal accompli risquaient d'amoindrir leurs chances de promotion de façon substantielle. D'autre part, l'assemblée générale entendait probablement éviter un recours *quasi* systématique à la procédure en référé. Enfin,

³⁰ La procédure de sélection peut notamment consister en une sélection comparative ou un concours.

³¹ A cet égard, l'assemblée générale précise dans l'arrêt *Bauwens, Peeters et Ingels* que « le sens des responsabilités ne peut être simplement assimilé aux qualités dirigeantes mais fait naître la présomption positive qu'une personne ayant le sens des responsabilités recèle les qualités requises pour diriger ».

³² Pour autant que les fonctions occupées par le candidat malheureux ne lui permettent pas d'acquérir une expérience dirigeante équivalente.

³³ Voy. notamment les arrêts *Thunus* du 15 février 2005 (n° 140.701, 140.702 et 140.703).

il incombait au Conseil d'Etat de dégager une solution assez souple en prévision des nombreux cas qui lui seront soumis à l'avenir, tout en étant assez nette pour mettre un terme à une jurisprudence trop disparate.

Marque visible de la recherche constante d'un équilibre délicat à établir, un mouvement de balancier peut être observé au travers des enseignements dégagés par la Haute juridiction administrative. Ainsi, le choix des termes utilisés³⁴, la manière d'éviter de se prononcer de façon trop générale³⁵ ou les tempéraments immédiatement apportées à la présomption mise en place témoignent du grand soin avec lequel l'assemblée générale a tenté de ménager chaque intérêt rencontré.

23. Cela étant, sous réserve d'une interprétation large des deux éléments susceptibles de renverser la présomption, le candidat évincé peut nourrir avec réalisme de sérieuses craintes à l'égard du mécanisme mis en place.

Ainsi, pour apprécier si l'expérience de l'agent illégalement promu risque d'être prise en compte lorsque l'autorité sera amenée dans le futur à reprendre la procédure de promotion, le Conseil d'Etat n'a d'autre solution que d'examiner les critères de sélection de la décision attaquée. Cette projection n'est toutefois pertinente que si les critères de sélection et leur importance respective demeurent rigoureusement identiques.

Plus fondamentalement, à partir du moment où le candidat évincé n'est pas en mesure d'apporter la preuve que l'administration se trouve dans l'impossibilité de faire abstraction de l'expérience acquise par l'agent illégalement promu, il est condamné à faire totalement confiance à l'autorité amenée à apprécier les mérites des candidats. Or, l'expérience acquise dans un emploi étant susceptible d'influencer un nombre très élevé de paramètres qui entrent en jeu lors d'une sélection, est-on certain qu'une administration même de bonne foi parviendra toujours à en faire complètement abstraction ?

III. – Le préjudice financier

24. De manière générale, la Haute juridiction administrative estime que la perte financière alléguée par un requérant n'est pas de nature à justifier la suspension d'un acte administratif en raison du fait qu'un tel préjudice est, en principe, toujours réparable, quelle qu'en soit l'étendue. Cette jurisprudence bien établie³⁶ ne s'accommode que de rares exceptions, par exemple lorsque le requérant démontre qu'en l'absence de suspension de l'acte litigieux, il serait exposé, avant le terme de la procédure au fond, au risque de connaître une situation proche de la faillite³⁷ ou ne lui permettant plus de mener une vie conforme à la dignité humaine³⁸.

³⁴ Par exemple, l'impossibilité de faire *totalem* abstraction.

³⁵ L'examen *in concreto*, réalisé en tenant compte des *circonstances spécifiques* de la cause, en fournit une très belle illustration.

³⁶ Voy. les nombreux exemples recensés par V. CASTIAU, *in* « Le référé administratif, chronique de jurisprudence des chambres françaises du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2004, p. 165 à 270, ici p. 191 à 193.

³⁷ C.E., 16 janvier 1992, *De Koninck*, n° 38.506.

³⁸ C.E., 21 septembre 1999, *Decat*, n° 82.327.

Appliquer ces principes au contentieux des *promotions* de fonctionnaires, lesquels bénéficient par hypothèse d'un traitement, revient inévitablement à dénier le caractère difficilement réparable au préjudice financier causé par la non-obtention d'une promotion³⁹.

Dans l'hypothèse où serait en jeu une *désignation* à défaut de laquelle le requérant ne percevrait plus de revenus décents, encore faudrait-il, de surcroît, que celui-ci apporte la preuve que sa situation sociale extrêmement périlleuse découle directement de l'acte attaqué⁴⁰, ce qui sera loin d'être chose aisée.

En conclusion, bien que les conséquences financières constituent à coup sûr l'un des enjeux majeurs d'une promotion ou d'une nomination, les chances d'obtenir la suspension d'un tel acte en invoquant un préjudice exclusivement pécuniaire sont réduites à une peau de chagrin⁴¹.

IV. – Le préjudice moral

25. Les considérations financières n'étant pas suffisantes pour obtenir la suspension de l'acte querellé, les candidats malheureux ont mis en avant le préjudice moral dont ils seraient victimes si la promotion accordée à leur concurrent n'était pas suspendue.

Sont notamment invoqués à titre de préjudice moral l'atteinte à la réputation du requérant causée par sa non-promotion⁴², l'abaissement qu'il doit subir du fait de devenir le subordonné de l'agent promu⁴³, ses espérances déçues⁴⁴, le retard pris dans l'avancement de sa carrière⁴⁵ et les tensions entre collègues générées par le recours pendant devant le Conseil d'Etat⁴⁶.

Si la Haute juridiction administrative reconnaît sans peine le caractère inconfortable de telles situations, elle observe cependant que ces inconvénients sont inhérents à toute compétition⁴⁷. De plus, elle estime que la perte d'une chance de promotion ne constitue pas, en principe, un préjudice grave et difficilement réparable⁴⁸ et que, en règle, un arrêt d'annulation procurera une satisfaction morale qui compensera adéquatement le préjudice

³⁹ Voy., par exemple, C.E., 30 mars 1992, *Frederickx*, n° 39.103 ; C.E., 28 septembre 1993, *Brasseur*, n° 44.259 ; C.E., 19 octobre 1994, *De Tangh-Dupont*, n° 49.727 ; C.E., 10 septembre 1999, *Deloge*, n° 82.214 et C.E., 23 janvier 2004, *Pirmolin*, n° 127.362. Voy. également C.E., 15 septembre 2005, *Erwoinne*, n° 148.934.

⁴⁰ C.E., 20 décembre 1993, *De Smet*, n° 45.362.

⁴¹ Pour une affaire dans laquelle le Conseil d'Etat a estimé que la non-désignation de la requérante lui occasionnait un préjudice financier grave et difficilement réparable, voy. C.E., 30 mai 1995, *Dohogne*, n° 53.452.

⁴² C.E., 4 juin 1998, *Marchal*, n° 74.111.

⁴³ C.E., 17 mai 1995, *Van Overloop*, n° 53.255. Voy. également C.E., 15 septembre 2005, *Erwoinne*, n° 148.934.

⁴⁴ C.E., 11 octobre 1990, *Bloch*, n° 35.653.

⁴⁵ Voy., par exemple, C.E., 16 mai 1994, *Van Gheluwe*, n° 47.471 ; C.E., 19 octobre 1994, *De Tangh-Dupont*, n° 49.727 et C.E., 10 septembre 1999, *Deloge*, n° 82.214.

⁴⁶ C.E., 4 décembre 2003, *Vermeulen*, n° 126.068.

⁴⁷ C.E., 3 octobre 2000, *Detry*, n° 90.005.

⁴⁸ C.E., 1^{er} mars 2004, *Mathar*, n° 128.634. Sur ce point, voy. les développements d' A. COOLSAET, *op. cit.*, p. 96 à 98.

moral subi⁴⁹. Au demeurant, la Haute juridiction déclare parfois que les souffrances morales invoquées ne seraient pas allégées par la seule suspension de l'exécution de l'acte entrepris⁵⁰.

26. Toutefois, il est des cas d'espèce où le préjudice moral risque d'atteindre un degré de gravité tel que la suspension de l'acte litigieux en devient nécessaire. Ces circonstances particulières peuvent tenir tant aux conséquences de la décision querellée qu'aux antécédents de l'affaire.

Ainsi, à plusieurs reprises⁵¹, le Conseil d'Etat a notamment eu égard, pour considérer le préjudice grave et difficilement réparable, au fait que l'agent promu devenait le supérieur hiérarchique du requérant. Si, en principe, le seul fait que l'agent dont la promotion est querellée va devenir le supérieur hiérarchique du candidat évincé ne constitue pas un préjudice suffisant, il peut en aller autrement lorsque des circonstances particulières se présentent. Par exemple, le haut juge admettra peut-être plus facilement la gravité du préjudice vanté lorsque l'agent promu était auparavant le subordonné du candidat malheureux ou lorsque ce dernier l'avait formé⁵². Cette tendance n'est toutefois pas constante et automatique⁵³.

Les arrêts les plus fréquents ayant accueilli le préjudice moral prennent en compte la manière dont la procédure de promotion s'est déroulée.

Par exemple, la répétition des illégalités commises tout au long de la procédure de promotion⁵⁴ et la façon dont le candidat malheureux a été écarté⁵⁵ peuvent constituer des éléments à prendre en considération pour justifier la suspension de l'acte attaqué.

Certains arrêts ont également égard à la nature de l'irrégularité commise, l'ampleur du préjudice moral étant notamment fonction du degré d'illégitimité de l'illégalité incriminée⁵⁶. Cette jurisprudence, parfois contredite⁵⁷, conclut ainsi à l'existence d'un préjudice grave et

⁴⁹ Voy. not. C.E., 11 octobre 1990, *Bloch*, n° 35.653 ; C.E., 30 mars 1992, *Frederickx*, n° 39.103 ; C.E., 25 mars 1993, *Steppe*, n° 42.441, ainsi que les arrêts cités dans les six notes subpaginales précédentes. Ce principe est également réaffirmé dans l'un des deux arrêts commentés (C.E. (ass.), 19 juillet 2004, *Bauwens, Peeters et Ingels*, n° 134.023).

⁵⁰ Voy., par exemple, C.E., 7 décembre 1993, *La Haye*, n° 45.162 et C.E., 18 janvier 2000, *Adriaensen*, n° 84.740.

⁵¹ C.E., 27 mars 1990, *Macken*, n° 34.532, *T.B.P.*, 1990, p. 681 et suiv., note D. MAREEN, « Van discretionaire naar gebonden bevoegdheid-schorsing van de tenuitvoerlegging » ; C.E., 30 juin 1997, *Vankersschaever*, n° 67.134 ainsi que les nombreuses références citées par A. COOLSAET, *op. cit.*, p. 84.

⁵² C.E., 31 janvier 1995, *Van Acker*, n° 51.444. Les circonstances particulières présentes dans l'affaire *Noël* ont amené le haut juge à franchir un pas supplémentaire : « en l'espèce, le cas de la requérante n'est pas celui du titulaire d'une fonction de recrutement qui, après avoir échoué à une épreuve qui lui aurait éventuellement permis d'obtenir une promotion, continue ensuite à accomplir les prestations dont il est chargé dans un milieu professionnel totalement étranger à l'échec qu'il a subi, mais au contraire celui d'un membre du personnel qui est appelé à reprendre l'exercice de ses fonctions sous l'autorité d'une personne, son chef d'établissement, qui a participé à la décision d'échec et avec laquelle il se trouve en plus en conflit » (C.E., 25 novembre 2003, *Noël*, n° 125.678).

⁵³ Voy., par exemple, C.E., 12 décembre 2002, *Finet*, n° 113.628.

⁵⁴ C.E., 1^{er} mars 2000, *Sterckx*, n° 85.746 et C.E., 15 février 2001, *Janssens*, n° 93.316.

⁵⁵ C.E., 19 novembre 1992, *De Troetsel*, n° 41.079. Voy. également C.E., 12 septembre 2005, *Larcin*, n° 148.796.

⁵⁶ C.E., 26 mai 1992, *Luppens*, n° 39.488.

⁵⁷ C.E., 16 mai 1994, *Van Gheluwe*, n° 47.471.

difficilement réparable lorsqu'un premier examen de l'affaire fait apparaître l'existence possible d'un détournement de pouvoir⁵⁸.

De même, si les propos tenus lors de la comparaison des mérites des agents ont été dénigrants ou humiliants à l'égard du candidat malheureux⁵⁹, s'ils ont porté atteinte à sa réputation⁶⁰, un arrêt d'annulation ne suffit plus à réparer intégralement le préjudice moral subi. Il est clairement établi que les termes humiliants constituent un préjudice grave et difficilement réparable, mais toute la difficulté consiste à distinguer les propos inutilement dénigrants des éléments nécessaires pour départager les candidats, une comparaison utile et juste des mérites des agents générant, par définition, des sentiments douloureux.

27. Enfin, une dernière variante du préjudice moral peut également être observée dans une série d'arrêts relativement récents⁶¹. Bien qu'il ressorte de ceux-ci que les termes de la comparaison des candidats ne furent aucunement dénigrants et qu'un détournement de pouvoir n'était nullement avéré, le Conseil d'Etat admit pourtant l'existence d'un préjudice moral grave difficilement réparable dans le chef du requérant. L'examen de ces affaires révèle que le candidat malheureux en cause, s'il ne pouvait se prévaloir d'un droit à la promotion, avait néanmoins une espérance légitime d'être promu pour plusieurs justes motifs. Pour résumer l'idée dégagée par ces arrêts, il était à ce point évident que le requérant devait être promu que sa non-promotion risquait de porter atteinte à son honneur et à sa réputation dans son milieu professionnel.

28. Quant à savoir si les deux arrêts annotés remettent en cause ce qui précède, il faut observer que l'assemblée générale du Conseil d'Etat se montre peu explicite à propos du préjudice moral, bien que les requérants aient invoqué plusieurs arguments s'y rapportant. Par ailleurs, alors que les développements relatifs à l'expérience acquise au moyen d'une promotion illégale sont identiques dans les deux arrêts, ceux qui se rapportent au préjudice moral ne sont pas rédigés de manière tout à fait similaire. L'avenir dira si ces deux arrêts marquent également un raidissement des exigences pour établir qu'un préjudice moral est grave et difficilement réparable.

V. – Le préjudice de la perte de « la dernière chance »

29. En matière de nominations et de promotions, le simple écoulement du temps joue un rôle considérable. D'une part, il importe de paralyser le plus rapidement possible les effets d'un avancement illégal. D'autre part, si un nouvel acte de promotion peut, en théorie, être aisément pris après un arrêt d'annulation, le poids du temps écoulé peut en rendre la réfection extrêmement difficile, voire impossible, du moins au bénéfice du candidat évincé.

⁵⁸ C.E., 29 août 1997, *Janssens*, n° 67.860. Comp. avec C.E., 10 novembre 1992, *Debeuckelaere*, n° 40.990.

⁵⁹ C.E., 22 octobre 2002, *Delsaut*, n° 111.741.

⁶⁰ C.E., 15 mars 2000, *Blanpain*, n° 85.997 ; C.E., 5 juillet 2002, *Lambert*, n° 108.931 et C.E., 24 janvier 2005, *Herremans*, n° 139.673. L'importance de la publicité donnée à de tels propos est également un élément à prendre en considération (voy., par exemple, C.E., 4 janvier 2001, *Lequesne*, n° 91.947 et C.E., 4 juin 1998, *Marchal*, n° 74.111).

⁶¹ Voy., par exemple, C.E., 20 novembre 2000, *Grégoire*, n° 90.896 et C.E., 30 novembre 2000, *De Hondt*, n° 91.258. Voy. ég. C.E., 13 décembre 2000, *Marnette*, n° 91.617, C.E., 21 janvier 2002, *Beerens*, n° 102.712, *R.W.*, 2001-2002, p. 1609, note I. OPDEBEEK : « Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State » et C.E., 11 juin 2003, *Toledo*, n° 120.391.

L'expérience acquise par l'agent irrégulièrement promu et le dommage moral dont souffre le candidat évincé ne sont, en effet, pas les seuls préjudices dont l'étendue varie en fonction du temps écoulé. Par exemple, l'âge du candidat évincé, la durée de la désignation contestée et les réformes entreprises dans le service public concerné risquent également d'influencer substantiellement le contenu du nouvel acte.

Dans de nombreux cas, les chances du requérant d'obtenir la réfection de l'acte en sa faveur diminuent au fur et à mesure que le temps s'écoule. Obtenir la suspension de la promotion contestée revêt donc, dans son chef, une grande importance car le référé administratif peut avoir pour effet d'accélérer la procédure en cours.

En effet, le paragraphe 4 de l'article 17 des L.C.C.E. prévoit qu'il est statué sur la demande de suspension dans les quarante-cinq jours et que, si elle est ordonnée, le Conseil d'Etat statue sur la requête en annulation dans les six mois du prononcé de l'arrêt. De plus, on remarque que l'auteur de l'acte irrégulier a une tendance plus fréquente à le rapporter lorsqu'il a été préalablement suspendu par le Conseil d'Etat⁶². Le gain de temps qui en résulte est précieux, puisque le retrait d'un acte illégal permet d'entamer le processus de réfection sans attendre un éventuel arrêt d'annulation.

Bref, le référé administratif est bien souvent le seul mécanisme qui est offert au candidat évincé pour éviter que la réfection de l'acte illégal soit faussée par l'écoulement du temps⁶³.

Face à ce constat, l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat révèle deux approches divergentes. Tantôt le haut juge administratif refuse catégoriquement de tenir compte du préjudice résultant de la durée probable d'une procédure en annulation, estimant que celui-ci n'est pas la conséquence de l'exécution de l'acte attaqué⁶⁴. Tantôt il a égard, parmi d'autres éléments, à cette sujétion prévisible lorsqu'il examine le risque de préjudice grave difficilement réparable⁶⁵. Dans ce cas, il aura tendance à accueillir la demande du candidat évincé lorsque, en l'absence de suspension, celui-ci perdrait définitivement toute chance d'être promu.

⁶² La suspension d'un acte par le Conseil d'Etat ne constitue nullement l'une des conditions exigées pour que son auteur puisse le rapporter. Simplement, il arrive que l'arrêt de suspension achève de convaincre l'administration de procéder au retrait de l'acte litigieux. Cet effet "incitatif" de l'arrêt de suspension est réel ; il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à la chronologie des faits établie dans les deux arrêts annotés. Invoquer un tel effet "incitatif" ne suffit toutefois pas à établir un préjudice grave et difficilement réparable (C.E., 26 juin 2001, *Van Ginderachter*, n° 96.967).

⁶³ L'article 94 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat est encore plus efficace que la procédure en référé puisqu'il permet au candidat évincé d'obtenir directement l'annulation de la promotion illégale. Cependant, le recours à cette procédure n'est pas du ressort du requérant. De plus, il ne peut en être fait usage que dans l'hypothèse où la requête est manifestement fondée. Sur cette procédure, voy. not. P. LEWALLE, *op. cit.*, n° 388, I. OPDEBEEK, « Het snelrecht bij de Raad van State voor vorderingen die kennelijk niet ontvankelijk, niet gegrond of gegrond zijn », in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, p. 663 à 678 et F. JONGEN, « L'article 94 du règlement de procédure devant le Conseil d'Etat, ou le privilège du manifeste », *A.P.T.*, 1995, p. 173 à 189.

⁶⁴ C.E., 7 décembre 1993, *La Haye*, n° 45.162 ; C.E., 21 mai 2001, *De Smet*, n° 95.665 ; C.E., 28 janvier 2005, *Bourgoignie*, n° 139.903 ; C.E., 23 janvier 2004, *Pirmolin*, n° 127.362 et C.E., 15 septembre 2005, *Martiny*, n° 148.937. Comp. avec l'arrêt *Quittelier* du 26 mai 2004 (n° 131.757) à l'occasion duquel le haut juge a estimé que « le risque de préjudice grave difficilement réparable qui justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif doit résulter de l'exécution immédiate de cet acte qui doit apparaître au moins comme un des principaux éléments dans l'enchaînement des causes de préjudice ».

⁶⁵ C.E., 29 août 1997, *Janssens*, n° 67.860 et C.E., 20 novembre 2000, *Grégoire*, n° 90.896.

5.1. L'âge du candidat évincé

30. En raison de l'âge des agents concernés, le seul écoulement du temps peut avoir des conséquences importantes sur l'éventuelle réfection d'un acte portant promotion. Bon nombre de candidats évincés invoquent d'ailleurs à titre de préjudice grave et difficilement réparable le fait qu'en l'absence de suspension de l'acte irrégulier, toute chance de succès risque d'être anéantie par l'âge avancé qu'ils présenteront le jour où la procédure de promotion reprendra.

Cette hypothèse risque de se rencontrer non seulement lorsque, au jour de la réfection, le requérant aura effectivement été admis à la pension, mais également lorsqu'il en sera proche ; l'autorité administrative aura, en effet, tendance à ne pas désigner comme dirigeant un agent dont le départ à la pension aura lieu à trop brève échéance⁶⁶.

Les effets de l'écoulement du temps eu égard à l'âge du candidat sont, en général⁶⁷, un élément que le Conseil d'Etat prend en considération lorsqu'il examine le préjudice invoqué⁶⁸. Il examine concrètement si ces circonstances risquent effectivement de priver le requérant de toute chance de promotion équivalente ultérieure⁶⁹. Déterminer l'influence précise que l'âge du candidat évincé exerce sur la décision s'avère toutefois difficile, d'autant que plusieurs sortes de préjudices interviennent généralement dans une même affaire.

31. De plus, si l'on veut évaluer correctement les chances d'avancement ultérieur du candidat évincé, il faut non seulement avoir égard à son âge, mais également à la fréquence des promotions similaires⁷⁰. En général, le haut juge tient compte, parfois de manière implicite, du faible degré de probabilité que des promotions similaires se présentent à nouveau⁷¹, pour autant que le requérant l'établisse. Il arrive cependant que le haut juge refuse de prendre cet élément en considération, le peu de chance que le poste brigué *in casu* soit à nouveau vacant ne résultant pas de la décision de promotion attaquée, mais bien de la nature de celui-ci⁷².

⁶⁶ Voy. not. C.E., 17 décembre 2003, *Dewaide*, n° 126.511. Ce risque est cependant difficile à établir pour des fonctions non dirigeantes (voy., par exemple, C.E., 6 janvier 2003, *Vrancken, Bauwens, Peeters et Ingels*, n° 114.270).

⁶⁷ Il nous apparaît que le Conseil d'Etat a également examiné l'incidence de l'âge du requérant dans les arrêts C.E., 7 décembre 1993, *La Haye*, n° 45.162 et C.E., 1^{er} mars 2004, *Mathar*, n° 128.634.

⁶⁸ Il n'est pas sans intérêt d'observer que lorsqu'elle apprécie l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable, la Cour d'arbitrage tient également compte du fait que l'agent est proche de la pension (C.A., n° 129/2002, 10 juillet 2002). Pour une analyse détaillée de la notion de préjudice grave difficilement réparable devant la Cour d'arbitrage, voy. notamment G. ROSOUX, « Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "renouveau" électoral – La Cour d'arbitrage et la suspension ». *Rev. b. dr. const.*, 2003, p. 13 à 68, spéc. n° 36 à 49.

⁶⁹ Les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat a estimé que l'âge avancé du requérant, combiné à l'écoulement du temps, était l'un des éléments risquant de le priver de toute chance de promotion sont nombreux : voy., à titre d'illustrations, C.E., 18 juin 1991, *Halsberghe*, n° 37.235 ; C.E., 30 mars 1992, *Frederickx*, n° 39.103 ; C.E., 3 juin 1994, *Gustot*, n° 47.761 ; C.E., 29 août 1997, *Janssens*, n° 67.860 ; C.E., 15 février 2001, *Janssens*, n° 93.316 ; C.E., 15 juin 2001, *Tribels*, n° 96.530 ; C.E., 23 septembre 2003, *Lambert*, n° 123.179 ; C.E., 17 décembre 2003, *Dewaide*, n° 126.511 ; C.E., 1^{er} mars 2004, *Abraham*, n° 128.641 et C.E., 24 janvier 2005, *Herremans*, n° 139.673.

⁷⁰ Observons que la similarité de promotions est elle-même circonstancielle. Voy., par exemple, C.E., 26 mai 2004, *Quittelier*, n° 131.757. Comp. C.E., 7 janvier 2000, *Laurent*, n° 84.580 avec C.E., 3 mai 2000, *Gilson*, n° 86.995.

⁷¹ Voy. not. C.E., 20 novembre 2000, *Grégoire*, n° 90.896 ; C.E., 30 novembre 2000, *De Hondt*, n° 91.258 et C.E., 23 septembre 2003, *Lambert*, n° 123.179.

⁷² C.E., 18 janvier 2000, *Adriaensen*, n° 84.740.

5.2. La durée de la désignation contestée

32. La nomination ou la promotion contestée ne revêt pas toujours un caractère définitif. D'une part, la désignation en cause peut être provisoire, l'objectif d'un tel acte étant le plus souvent d'aménager une situation transitoire en attendant l'aboutissement d'une procédure de promotion définitive. D'autre part, au fur et à mesure des réformes successives touchant la fonction publique, on observe que de plus en plus de fonctions dirigeantes sont pourvues par mandats, ceux-ci couvrant une période de temps déterminée et relativement brève.

S'agissant des désignations provisoires destinées à faire face à une situation transitoire, la jurisprudence qui leur déniait tout effet grave et difficilement réparable⁷³ se voit peu à peu assortie d'importants tempéraments. Ainsi, le Conseil d'Etat estime que le préjudice allégué pourrait répondre au prescrit de l'article 17 des L.C.C.E s'il est pratiquement établi que la désignation provisoire contestée sera suivie d'une nomination présentant un caractère définitif⁷⁴. Sans surprise, des circonstances particulières peuvent également amener le juge administratif à considérer que la désignation temporaire attaquée risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable⁷⁵.

Quant à la promotion attribuée pour un mandat d'une durée déterminée, son exécution pourrait également présenter un caractère grave et difficilement réparable si, en l'absence de suspension, les chances de promotion du candidat évincé étaient définitivement perdues⁷⁶, par exemple en raison du fait que l'éventuel arrêt d'annulation risquerait d'intervenir à un moment où le terme du mandat querellé serait proche.

5.3 Les concurrents

33. Lorsque le Conseil d'Etat annule la promotion irrégulière, l'autorité peut être amenée à reprendre la procédure. A ce moment, il se pourrait que des agents, qu'ils aient ou non été candidats à la promotion dès le commencement de la procédure, satisfassent pleinement aux conditions exigées, alors qu'ils ne les remplissaient pas le jour où l'acte de promotion annulé avait été pris⁷⁷.

Certains requérants ont, dès lors, invoqué à titre de préjudice grave et difficilement réparable le fait qu'en l'absence de suspension de l'acte, leurs concurrents bénéficieraient de

⁷³ C.E., 4 octobre 1994, *De Ridder*, n° 49.422.

⁷⁴ C.E., 13 octobre 1992, *Messens*, n° 40.738.

⁷⁵ Voy., par exemple, C.E., 31 août 2000, *Jassogne*, n° 89.432. Par ailleurs, cet arrêt (qui suspend une désignation temporaire) et l'arrêt n° 105.230 du 27 mars 2002 (qui l'annule) illustrent parfaitement l'utilité de former un recours contre ce genre de décisions. Si l'agent n'avait pas introduit un recours en annulation contre la désignation temporaire, son bénéficiaire aurait pu faire valoir l'expérience acquise durant l'exercice de cette fonction. En matière de désignation temporaire, il est donc capital d'opérer la distinction entre les chances d'obtenir la suspension de la décision litigieuse et l'utilité d'introduire à son encontre un recours en annulation. Voy. également C.E., 18 février 2002, *Boeyen*, n° 103.709.

⁷⁶ C.E., 17 décembre 2003, *Dewaide*, n° 126.511. Pour un exemple proche, voy. C.E., 23 septembre 2003, *Lambert*, n° 123.179. Comp. toutefois avec C.E., 21 mai 2001, *De Smet*, n° 95.665 et C.E., 28 janvier 2005, *Bourgoignie*, n° 139.903.

⁷⁷ C.E., 16 septembre 1999, *Jassogne*, n° 82.286. Sur les répercussions d'un arrêt d'annulation, voy. not. P. LEWALLE, *op. cit.*, n° 536 et suiv.; J. LUST, « De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State », in I. OPDEBEEK (éd.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Die Keure, 1997, p. 107 à 151, ainsi que D. MAREEN, *Rechterstel door de Raad van State bij weigering van benoeming in overheidsdienst*, Anvers, Intersentia, 2004, 470 p.

plus de temps pour satisfaire aux conditions de promotion, ce qui diminuerait donc considérablement leurs propres chances d'être promus⁷⁸.

Par un arrêt du 21 mai 2001⁷⁹, le Conseil d'Etat a refusé de prendre en compte ce préjudice, estimant que « la suspension ne [pouvait] se justifier par l'intention d'empêcher un concurrent de répondre à une condition de promotion ». Le fait que le concurrent du requérant pourrait acquérir, au cours de la procédure d'annulation, les connaissances pour satisfaire aux conditions de promotion ne résultait pas, selon le haut juge, de l'exécution de la désignation attaquée.

5.4. Les réformes entreprises dans le service public

34. L'écoulement du temps peut également influencer la réfection de l'acte annulé au détriment du requérant lorsque des réformes viennent modifier les conditions de promotion entre le moment où l'acte portant promotion a été pris et le moment où l'autorité décide de reprendre la procédure suite à l'annulation de celui-ci.

Le caractère grave et difficilement réparable du préjudice lié à de telles réformes a été reconnu dans quelques arrêts isolés⁸⁰. Le Conseil d'Etat déclara à leur sujet qu'ils étaient « relatifs à des cas où des changements du statut administratif applicable aux intéressés constituaient une impossibilité objective et radicale d'encore obtenir la promotion qu'ils briguaient »⁸¹.

En dehors de cette hypothèse, le préjudice ne sera jugé grave et difficilement réparable que si la réforme en cause est de nature à bouleverser la carrière des agents concernés⁸², ce qui n'est pas aisé à établir⁸³, particulièrement lorsque les modifications alléguées ne sont point encore avérées⁸⁴.

VI. – Conclusion

35. La perte d'une chance de promotion ne constitue pas en soi un préjudice grave et difficilement réparable ; il ne peut en être autrement que si le candidat évincé fait valoir des circonstances particulières. Au-delà de cette assertion, dégager les principes des exceptions s'avère extrêmement périlleux en raison de la grande variété des situations rencontrées⁸⁵. De

⁷⁸ Pour un cas particulier, voy. C.E., 21 janvier 2002, *Beerens*, n° 102.712, *R.W.*, 2001-2002, p. 1609, note I. OPDEBEEK : « Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State ».

⁷⁹ C.E., 21 mai 2001, *De Smet*, n° 95.665.

⁸⁰ C.E., 15 avril 1996, *Demets*, n° 59.063 et C.E., 26 février 1997, *Huylebroeck*, n° 64.777.

⁸¹ C.E., 8 août 2001, *Balleux*, n° 98.196.

⁸² C.E., 23 septembre 2003, *Lambert*, n° 123.179.

⁸³ Voy., par exemple, C.E., 8 août 2001, *Balleux*, n° 98.196 et C.E., 4 décembre 2003, *Vermeulen*, n° 126.068.

⁸⁴ A titre d'illustrations, voy. C.E., 4 juin 1998, *Marchal*, n° 74.111 ; C.E., 26 juin 2001, *Van Ginderachter*, n° 96.967 et C.E., 29 décembre 2004, *Broddele*, n° 138.897.

⁸⁵ Ainsi, le préjudice grave et difficilement réparable semble être apprécié de façon différente lorsque certaines fonctions publiques sont en jeu. Pour les magistrats, voy. par exemple C.E., 17 mai 1990, *Bloch*, n° 35.000 ; C.E., 11 octobre 1990, *Bloch*, n° 35.653 ; C.E., 25 mars 1993, *Steppe*, n° 42.441 ; C.E., 7 décembre 1993, *La Haye*, n° 45.162, C.E., 16 mai 1994, *Van Gheluwe*, n° 47.471, C.E., 29 avril 2003, *Henry*, n° 118.860 et C.E., 11 juin 2003, *Toledo*, n° 120.391. Voy. également le contentieux relatif aux résidences notariales : C.E., 7 janvier

plus, les différents types de préjudices analysés ne sont pas sans liens entre eux, ce qui rend malaisée la détermination de leur influence respective. D'ailleurs, bien souvent, le haut juge examine *in globo* les différents préjudices allégués, sans plus de détails.

Un arrêt d'assemblée générale statuant sur l'expérience acquise par un agent irrégulièrement promu était utile, tant la jurisprudence sur ce point était circonstancielle. Observons cependant que les autres types de préjudices sont également sujets à de nombreuses variations. Ainsi, le préjudice moral se décline également sous de multiples formes, ce qui donne lieu à une jurisprudence tout aussi hétérogène que celle relative à l'expérience acquise irrégulièrement.

36. En établissant une présomption difficile à renverser, le Conseil d'Etat nous paraît réduire encore davantage les chances d'accueillir les demandes de suspension de l'exécution d'une promotion dont le préjudice serait suffisamment établi par l'expérience que son bénéficiaire va acquérir irrégulièrement au détriment des candidats évincés. L'argument de cette expérience n'étant plus une voie commode pour obtenir la suspension d'une décision et le préjudice financier ne l'ayant jamais été, il est fort probable que les plaideurs se focaliseront sur le dommage moral et le préjudice de la perte de « la dernière chance ». Les arrêts qui statueront sur ces deux sortes de préjudices ne manqueront assurément pas d'intérêt, deux directions étant envisageables à cet égard.

La première voie possible est celle où l'on observerait une multiplication des cas de suspension justifiés par le dommage moral ou le préjudice de la perte de « la dernière chance ». Dans ce cas, si en prononçant les deux arrêts du 19 juillet 2004, l'assemblée générale entendait décourager le recours systématique à la procédure en référé, son effort aurait été vain.

L'autre voie envisageable est celle où le raidissement des exigences ne concernerait pas seulement l'expérience illégalement acquise mais viserait tout type de préjudice. A notre avis, une telle solution ne pourrait être approuvée que dans la mesure où l'arrêt sur le fond intervient à un moment où le temps écoulé n'a pas modifié fondamentalement le contexte de la promotion⁸⁶. S'il en allait autrement, le refus presque systématique de suspendre les désignations litigieuses, combiné avec la longue attente précédant un arrêt sur le fond, pourrait alors s'avérer problématique au regard de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel garantit l'existence d'un recours effectif pour toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention auraient été violés.

37. Faisant inexorablement croître le préjudice en matière de promotion, le temps constitue un enjeu majeur pour toute procédure en référé. Qui peut en effet nier qu'il influe sur l'ampleur du préjudice, quelle qu'en soit sa nature ?

Or, les appréciations du Conseil d'Etat sur le facteur temps ne sont pas exemptes d'ambiguïté : tantôt le haut juge a égard à l'âge du candidat, à la durée de la désignation illégale et à la durée de la procédure en annulation, tantôt il refuse de prendre ces éléments en

2000, *Laurent*, n° 84.580 ; C.E., 13 janvier 2000, *Le Clercq*, n° 84.676 ; C.E., 7 avril 2000, *Lannoy*, n° 86.735 ; C.E., 3 mai 2000, *Gilson*, n° 86.995 ; C.E., 16 mai 2000, *Pourbaix*, n° 87.275 et C.E., 10 décembre 2002, *Piret-Gerard*, n° 113.493. Sur ce point, voy. B. LOMBAERT, « La nomination des notaires au crible du Conseil d'Etat », *Rev. not. b.*, 2000, p. 644 à 663.

⁸⁶ Par exemple, la jurisprudence fournit de nombreuses illustrations où la promotion illégale est annulée rapidement grâce à la procédure prévue à l'article 94 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 (*supra* note 63).

considération au motif que le risque de préjudice grave et difficilement réparable qui justifie la suspension doit résulter uniquement de l'exécution immédiate de l'acte attaqué.

Au vu de son importance, l'élément temporel nous paraît devoir être pris en considération par le haut juge. Raisonner autrement risquerait de limiter considérablement la portée d'un arrêt d'annulation ultérieur, « ce que le législateur a précisément voulu éviter lorsqu'il a instauré le référé administratif »⁸⁷. Du reste, examiner le degré de gravité du préjudice en tenant compte du cheminement probable de l'affaire nous paraît conforme au prescrit de l'article 17 des L.C.C.E., lequel exige uniquement un *risque* de préjudice grave et difficilement réparable. Cette position nous paraît d'autant plus logique que ce même article ne laisse que peu de choix au requérant : celui-ci a, en effet, l'obligation d'introduire sa demande de suspension au plus tard en même temps que la requête en annulation.

Une conception plus souple du préjudice présenterait peut-être l'avantage de recentrer le débat sur l'essentiel de l'affaire et éviterait d'ériger l'existence de circonstances particulières en principe brumeux, tout en étant moins dépendant de la sensibilité du juge et de l'habileté de l'avocat.

⁸⁷ C.E., 29 août 1997, *Janssens*, n° 67.860.

Le risque de préjudice grave difficilement réparable en matière de nomination ou de promotion dans la fonction publique

<u>I. – Les faits à la base des deux arrêts du 19 juillet 2004</u>	p. 2
<u>II. – Le préjudice lié à l'expérience acquise par le bénéficiaire d'une nomination irrégulière</u>	p. 3
2.1. La jurisprudence antérieure : une grande variété de solutions	p. 3
2.2. Une nomination annulée doit être réputée n'avoir jamais été accordée	p. 5
2.3. La présomption établie par le Conseil d'Etat	p. 6
2.4. Comment renverser la présomption ?	p. 6
2.5. En l'espèce	p. 7
2.6. Analyse	p. 7
<u>III. – Le préjudice financier</u>	p. 10
<u>IV. – Le préjudice moral</u>	p. 11
<u>V. – Le préjudice de la perte de « la dernière chance »</u>	p. 13
5.1. L'âge du candidat évincé	p. 15
5.2. La durée de la désignation contestée	p. 16
5.3 Les concurrents	p. 16
5.4. Les réformes entreprises dans le service public	p. 17
<u>VI. – Conclusion</u>	p. 17